

## IMPORTANCIA DE LA TEORÍA JURÍDICA PURA \*

### I

En los días inmediatamente anteriores a las vacaciones de Semana Santa la Universidad Nacional de México y su Facultad de Derecho se honraron con la visita del jurista más ilustre de nuestro tiempo. Es posible coincidir o no con sus doctrinas, mas no pasarlas por alto ni dejar de tomar posición ante ellas, sea para difundirlas, para profundizarlas o para oponerse a sus tesis capitales. La prueba está en que ninguna obra seria sobre cualquier gran tema de la teoría jurídica deja nunca, en nuestra época, de considerar el punto de vista del famoso maestro, y en que muchas de esas obras —a menudo las más conspicuas— son o un diálogo con Kelsen o una polémica con él. No parece, pues, extraño que uno de los conocedores más profundos de la actual literatura jurídica haya dicho del jefe de la Escuela Vienesa que es “the leading jurist of the time”.<sup>1</sup>

Cuando se alude a las ideas de Kelsen y su círculo unas veces se habla de la Escuela de Viena; otras, de la Teoría Jurídica Pura. Si bien el jefe del movimiento nació en Praga, el primer nombre se explica porque el centro de irradiación de su doctrina fue la universidad vienesa, donde, a partir de 1911 —año en que vio la luz la obra capital de la escuela— hasta poco después de concluida la guerra de 1914, al lado de Kelsen actuaron —desenvolviendo y profundizando diversos aspectos del pensamiento del fundador— los discípulos más egregios, como Alfredo Verdross, Adolfo Merkl, Félix Kaufmann, Fritz Schreier y José L. Kunz. De éstos, el tercero murió ya, y los dos últimos ejercen su actividad académica, desde hace muchos años, en universidades de los Estados Unidos.

La denominación *Teoría Pura del Derecho* es, sin disputa, la más adecuada, ya que, pese a su laconismo, expresa —como luego habremos de explicarlo— uno de los rasgos básicos de la prédica kelseniana.

“Los esfuerzos conjuntos de estudiantes, pensadores y juristas, de amigos y críticos, discípulos y contradictores” —opina Ebenstein— la han convertido en “el movimiento más influyente del siglo”. Sus enseñanzas —añade el mismo autor— no se aceptan universalmente, pero no pocos están de acuerdo con el decano Pound cuando caracteriza a Kelsen como el indiscutible dirigente

\* Conferencias leídas en la Biblioteca ‘Antonio Caso’ de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de México, los días 21 y 22 de abril de 1960.

<sup>1</sup> W. Ebenstein, *Die rechtsphilosophische Schule der reinen Rechtslehre*, Taussig & Taussig, Prag, 1938, pág. 12.

jurídico de la época, o con quienes le asignan, en la historia de la teoría del derecho, un papel comparable al desempeñado por Kant en la órbita de la filosofía general.<sup>2</sup>

Los presupuestos filosóficos del sistema son de corte kantiano o, expresado con mayor rigor, neo-kantiano. Punto de partida es la oposición entre *ser* y *deber ser*, que sirve luego de base al agrupamiento de las ciencias en *explicativas* y *normativas*. Es sólito —leemos en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*— contraponer las *leyes naturales*, cuya misión estriba en explicar lo que existe, a las legalidades que, como los preceptos de la moral, los convencionalismos sociales, las reglas de la gramática o de la estética, estatuyen un *deber ser*, y reciben, *eo ipso*, la denominación de *normas*. Esta comunidad de uso lingüístico, el hecho de que la palabra *leyes* se aplique tanto a las de la naturaleza como a las que emanan de la actividad del legislador, de la costumbre, del sentimiento ético o de la revelación religiosa, encuentra su explicación en la historia de la formación de los conceptos. La noción de ley —en el sentido de norma— surgió en el círculo de representaciones de la política, y fue elaborada por la ciencia jurídica más antigua. El Estado, con el gobernante a la cabeza, que a través de mandatos regulaba el comportamiento de los súbditos, ofreció al conocimiento humano, en los albores de la cultura, la analogía para el ordenamiento y explicación de la realidad externa, cuyos elementos fueron considerados como sometidos a la divina voluntad en la misma forma en que dentro de la *polis* los particulares se hallaban sujetos a las prescripciones legislativas. Una penetración más profunda de la ciencia natural en la esencia de su objeto condujo a la eliminación de la idea de una voluntad soberana a la que han de obedecer, como a un señor, la naturaleza animada e inanimada, y a un radical cambio de sentido en el concepto de ley que las ciencias físicas tomaron prestado de la primitiva terminología política. De esta suerte, la ley natural de aquéllas contrapónese a las leyes jurídicas y, en general, a todas las afines de orden prescriptivo, que es costumbre incluir en la denominación genérica de *normas*.

Tal contraposición, de la mayor importancia para las disciplinas normativas y, especialmente, para nuestra ciencia, obedece a la diversidad de puntos de vista desde los cuales pueden los objetos ser contemplados. Las ciencias naturales se proponen explicar el curso real de los fenómenos y, por tanto, dirigen su atención al orden del *ser*, en tanto que las otras, lejos de describir lo que efectivamente *es*, exigen que algo sea o no sea o, en otras palabras, *estatuyen deberes*. La ley natural expresa que un fenómeno ha de producirse como necesaria consecuencia de otro y, por ende, resulta *explicativa* del nexo que entre ambos existe, al que suele darse el nombre de *causalidad*. Las proposiciones normativas, por el contrario, no describen sucesos reales; exigen que alguien haga u omita algo y, en tal sentido, estatuyen una obli-

<sup>2</sup> W. Ebenstein, *opus cit.*, pág. 12.

gación. “Mientras las leyes de la naturaleza consideran el acontecer de que tratan como algo efectivo, que de hecho se produce y, por tanto, lo contemplan en su *realidad*, los hechos que constituyen el contenido de las normas son tomados en cuenta sólo en la muy peculiar relación de la *idealidad*, esto es, como *debidos*.”<sup>3</sup>

Este dualismo permite a Kelsen distinguir una manifestación *negativa* y otra *positiva* del carácter *sui generis* de la ciencia del derecho. Tal carácter se manifiesta *negativamente* en cuanto aquélla no aspira a explicar el mundo *fáctico*; *positivamente*, en cuanto su objeto está constituido por normas, de las que ha de derivar —y no del devenir sujeto a leyes causales— sus peculiares conceptos, es decir, los específicamente jurídicos.

Tan radical contraste entre leyes naturales y normas sólo se concibe sobre la base de una no menos radical disparidad de los dos mundos, el del ser y el del deber. Ser y deber ser son categorías primarias, y así como no podemos describir el ser o el pensar, tampoco existe una definición del deber ser. Por ello afirmaba Simmel que el deber ser es una forma del pensamiento, como el futuro o el pretérito, el subjuntivo o el condicional.<sup>4</sup>

Kelsen recuerda en su primera obra esta frase del kantiano Kitz: “De que algo sea puede inferirse que algo fue o que algo será, pero nunca que lo que existe deba ser.” Y a la inversa: “lo que debe ser puede no haber sido, no ser actualmente y no llegar a ser nunca, perdurando no obstante como algo obligatorio”.<sup>5</sup>

La recíproca independencia de los dos ámbitos, el del ser y el del deber —observa Kelsen— no queda destruida por el hecho de que entre ellos median determinadas relaciones. Por ejemplo, desde un punto de vista histórico-natural es posible que la conducta objeto de un deber sea, al propio tiempo, contenido de un ser específico o, en otras palabras: que valga como debido lo que efectivamente ha venido siendo. No otro, según Kelsen, es el sentido de la tesis de Jellinek sobre la *fuerza normativa de los hechos*. La repetición más o menos frecuente de ciertas formas de comportamiento acaba por engendrar, en quienes las practican, la idea de que lo que siempre se ha hecho, la costumbre inveterada, es, a un tiempo, lo que *debe ser* en lo futuro. Ello revela por qué los que siguen el uso suelen atribuirle fuerza obligatoria; pero la conducta así explicada, si bien resulta *objeto* de un deber, no es *el deber mismo*, ni en modo alguno lo funda.

Si, en sentido lógico estricto, el deber ser es interpretado como *forma*, en radical oposición al ser, nunca será lícito identificarlo con ninguno de sus *contenidos*. Ni es correcto tampoco —como algunos pretenden— enten-

<sup>3</sup> Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Verlag von J. C. B. Mohr, Tübingen, 1911, pág. 6.

<sup>4</sup> Citado por Kelsen en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 7.

<sup>5</sup> Citado en *Hauptprobleme*, pág. 8.

derlo como *querer*, o acontecimiento real de índole psíquica. Pues el querer, como el obrar, son a veces *contenido* de deberes, pero nunca los mismos deberes. Puedo, en efecto, *querer* conducirme como *debo*; pero también es posible que *quiera hacer* lo que me está prohibido.

Aun cuando el cumplimiento de una obligación sea a menudo finalidad de una conducta —lo que condiciona la coincidencia del propósito que la norma persigue con el del sujeto que quiere acatarla— esta consideración *teleológico-material* es completamente independiente de la *lógico-formal* que interesa al jurista teórico; pues la última no inquiriere *qué es en cada caso lo debido*, sino *cómo se estatuye un deber*.

El planteamiento normativo-formal tiene especial significación para el método de la ciencia jurídica. Pues sólo a través de él puede llegarse a la solución del problema básico de ésta: el de la estructura de la *proposición jurídica* (*Rechtssatz*).

Todas las normas tienen como elemento común estatuir deberes; pero el contenido de las jurídicas coincide a veces con el de los convencionalismos sociales, los imperativos éticos o los mandamientos religiosos. Si las del derecho existen en forma independiente, su esencia específica, que permite distinguirlas de todas las demás, sólo podrá hallarse en su *forma*, esto es, en el modo y manera en que los deberes jurídicos son impuestos. La misión primordial de nuestra ciencia es, para Kelsen, determinar la peculiar estructura de la *proposición jurídica*.

Es tarea de aquélla —escribe— “presentar el derecho de una comunidad, el material producido por la autoridad legal a través del proceso legislativo, en forma de juicios que establezcan que ‘si tales o cuales condiciones se cumplen, entonces tal o cual sanción deberá aplicarse’”. Pero los que la misma ciencia emplea para describir su objeto *no deben ser confundidos con las normas creadas por los encargados de legislar*. Kelsen da a los primeros el nombre de *proposiciones* o *reglas jurídicas* (*rules of law*), empleados tales términos en *sentido descriptivo*.

La *proposición jurídica* es un juicio hipotético que refiere ciertas consecuencias a determinadas condiciones. Las leyes naturales asumen igual forma hipotética, puesto que enlazan, como antecedente y consecuente, dos hechos físicos: el primero se llama *causa*; el segundo, *efecto*. La ley natural dice: ‘Si A es, B tiene que ser’; la *proposición jurídica* expresa: ‘Si A es, debe ser B’.

En el libro de 1911 distingue Kelsen dos *proposiciones*, *primaria* y *secundaria*. Esta última indica que en determinadas circunstancias un sujeto debe observar tal o cual comportamiento; la *primaria*, por su parte, estatuye: si el obligado no observa esa conducta, otro sujeto, órgano del Estado, debe aplicar un castigo al infractor. A tal enunciado corresponde la tan repetida fórmula estenográfica: ‘Si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C.’ El aná-

lisis de ambas proposiciones permite al jefe de la Escuela Vienesa definir los conceptos jurídicos fundamentales en ellas implicados, esto es, los de sanción, acto antijurídico, derecho subjetivo, deber jurídico, sujeto de derecho y orden jurídico. Recordemos brevemente las definiciones que ofrece. *Acto antijurídico* es el comportamiento condicionante de la sanción; *objeto del deber*, la conducta contraria; *derecho subjetivo*, la norma misma en relación con la persona de cuya declaración de voluntad se hace depender la aplicación del acto sancionador; *persona jurídica*, el centro de imputación de una pluralidad de disposiciones; *orden jurídico*, la totalidad de las que encuentran en la norma suprema el fundamento último de su fuerza de obligar.

Como mi propósito no es resumir la *teoría jurídica pura* —que, por otra parte, fue ya expuesta a ustedes magistralmente por su creador— sino subrayar la importancia de las aportaciones de Kelsen a la ciencia jurídica contemporánea, voy a detenerme un momento en el aspecto metodológico de la doctrina.

Al derivar del análisis de la proposición jurídica o, mejor dicho, de la conexión de la primaria y la secundaria, los conceptos fundamentales del derecho, Kelsen insiste una y mil veces en el *principio de la pureza metódica*. El rigor metodológico sólo puede lograrse si se tiene conciencia de que esas nociones son de índole exclusivamente normativa y formal. *El derecho es forma, no substancia*. La *materia* de sus prescripciones no es lo específicamente jurídico, ya que puede ser idéntica a la de preceptos de distinta naturaleza, éticos o de cualquiera otro tipo. Si los elementos que permiten distinguir las normas jurídicas de las demás son siempre *formales*, es patente que la *forma* resulta lo único que de específicamente jurídico tienen los objetos a que los conceptos básicos hacen referencia. Recordemos las reflexiones del famoso jurista cuando discute la noción del derecho subjetivo. El error de las viejas teorías consiste en que —lejos de decirnos lo que el derecho subjetivo *es*— limitanse a señalar *lo que reconoce o protege*, sin parar mientes en que lo reconocido o protegido no es el derecho mismo —en la acepción subjetiva del vocablo— sino un elemento material y contingente, que sólo en virtud de la forma que lo envuelve puede ser visto como *objeto* de la facultad legal. El error en que incurren los que así proceden —y el reproche alcanza nada menos que a Savigny, Jellinek y Jhering— es comparable, en opinión de Kelsen, a la falta en que incurriría un aprendiz de geómetra al definir la esfera diciendo que puede ser de bronce, madera o cartón, o a la de un militar que habiendo sido enviado como espía para examinar las fortificaciones de una ciudad enemiga, se limitase a describir ante sus jefes la belleza de los parques y edificios de esa plaza.

El derecho, así en el sentido objetivo como en el subjetivo, es siempre la misma entidad, conviene a saber, la norma jurídica, por lo que la diferencia entre aquellos términos deriva sólo de una relación. Para describirla,

hay que preguntar cuándo el derecho objetivo se convierte en mi derecho subjetivo o, en otras palabras: cuándo puedo decir que está a mi disposición. Planteado así el problema, el derecho subjetivo jamás podrá ser caracterizado como “voluntad”, “bien” o “interés”, sino que habrá que definirlo como protección jurídica, como parte integrante del orden legal o, mejor, como *la misma norma de derecho en relación sui generis con el sujeto facultado*.

Si consideramos la proposición que expresa la voluntad estatal de decretar actos de ejecución o castigo contra los que observen el comportamiento opuesto al que constituye el objeto del deber, encontraremos que de derecho subjetivo sólo puede hablarse cuando la aplicación de aquellos actos depende de la *actio* o querrela de un sujeto que, por ello mismo, se convierte en titular de la facultad legal. Kelsen pone el siguiente ejemplo: “Si alguien recibe dinero en préstamo y se niega a devolverlo en la fecha convenida, y el acreedor presenta una demanda contra el deudor, el Estado, por medio de sus órganos, debe ordenar las correspondientes medidas de coerción.”<sup>6</sup> En cuanto la proposición jurídica, en una de sus manifestaciones subjetivas, aparece como deber, el impuesto a uno de los sujetos implicados en el vínculo se convierte en derecho de la otra parte. O, con las mismas palabras de Kelsen: “En cuanto la proposición jurídica es mi derecho, la obligación del otro sujeto también es *mi* derecho o, en distintos términos: facultado estoy para exigir que cumpla con lo prescrito.”<sup>7</sup>

Este análisis ilustra perfectamente el método de que Kelsen se vale cuando deriva del estudio de la proposición jurídica los conceptos fundamentales de nuestra ciencia. El principio de la pureza metódica refleja su convicción de que un objeto sólo es jurídico en el grado y medida en que se dan en él ciertos ingredientes formales, que lo convierten en derecho subjetivo, o en deber jurídico o, en general, en objeto de aquella disciplina. Lo que equivale a sostener que el *contenido* de las normas es irrelevante para el enfoque normativo, ya que tal elemento, variable por naturaleza, sólo puede ser *objeto* de regulación legal en virtud de la *forma* que lo envuelve. La forma, en cambio, es lo importante para el teórico del derecho y, en este sentido, el único aspecto a que debe atender al definir los conceptos fundamentales de su ciencia.

Si la Teoría Pura pretende ser —como alguna vez lo dijo el propio Kelsen— una especie de *geometría del fenómeno jurídico*, ello en modo alguno supone el desconocimiento de la importancia que —extramuros de tal teoría— puedan tener, desde otros ángulos visuales, las investigaciones que atañen al contenido de las normas o a los *finés* que a través de ellas se pretende realizar. La *reine Rechtslehre* no agota el ámbito del conocimiento jurídico; ni tiene ni tuvo jamás semejante pretensión. El hecho de que

<sup>6</sup> *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 619.

<sup>7</sup> *Hauptprobleme*, pág. 620.

Kelsen repita con tanta pertinacia —sobre todo en *General Theory of Law and State*— que la suya es una *teoría general del derecho positivo*, no debe inducirnos a error. Pues lo que quiere decir al emplear estas palabras es, por una parte, que para él no hay más derecho que el tradicionalmente denominado *positivo* y, por otra, que el objeto de su tarea científica es definir las estructuras formales en que *necesariamente* aparecen, o habrán de aparecer en lo futuro, los *contenidos históricos* de cualquier ordenamiento. Bajo esta luz, más que teoría del real o existente, la de Kelsen es una doctrina del *derecho posible*, como dijo alguna vez Schreier, uno de los representantes de la dirección fenomenológica de su escuela.

Téngase en cuenta que el estudio y exposición de los *contenidos* de cada orden es asunto específico de las disciplinas especiales: derecho civil, penal, administrativo, etc. El análisis del contenido de las normas, en las diversas ramas de los derechos privado y público, o en el campo del internacional, es para los cultivadores de aquellas materias el problema básico, porque el otro, referido a la definición del derecho, a la estructura de sus normas o a los conceptos fundamentales, lo dan por resuelto y, sobre todo, porque en cuanto civilistas, penalistas, constitucionalistas, etc., no les incumbe, ya que saber qué sea el derecho objetivo, o definir el deber jurídico, o el derecho subjetivo, o la sanción, no son temas de derecho civil, ni de derecho penal, ni de derecho administrativo, ni de ninguna otra de las disciplinas especiales.

Quien ha explicado esto mejor que nadie es el jurista húngaro Félix Somló, cuya doctrina recuerda en varios puntos la orientación formalista del sistema kelseniano. La llamada *Jurisprudencia Técnica* —designación genérica aplicable al conjunto de las disciplinas particulares— es, según Somló, una *Rechtshaltswissenschaft*, o *ciencia de contenidos jurídicos*, ya que su fin consiste en exponer sistemáticamente lo que las normas jurídicas en vigor en determinado país y un cierto momento permiten, prohíben u ordenan a sus destinatarios. La *Jurisprudencia Técnica* no se propone exhibir la estructura de esas normas, sino conocer lo que disponen, determinar su contenido. Pero al lado de ella existen también otras disciplinas que no examinan el ingrediente *formal*, sino el *material*, de tales preceptos. Queremos referirnos a la Historia del Derecho y la Política Jurídica. Mientras las disciplinas especiales se contraen a una exposición, *sine ira et studio*, de las prescripciones de un determinado orden positivo, la Política Jurídica inquiere cuál debe ser, en determinadas circunstancias (y a la luz de ciertas pautas axiológicas) el contenido de aquellas prescripciones. Trátase de la oposición que “bajo los nombres de puntos de vista de *lege lata* y de *lege ferenda* es familiar a todos los juristas”.<sup>8</sup>

La otra ciencia de contenidos jurídicos, la histórica, contempla esos con-

<sup>8</sup> Félix Somló, *Juristische Grundlehre*, Zweite Aufl., Felix Meiner Verlag, Leipzig, 1927, pág. 3.

tenidos “desde el ángulo visual de su origen, su cambio y su extinción. Investiga las causas que han engendrado una materia jurídica especial, sus factores determinantes lo mismo que sus consecuencias y su término, y describe el curso de las transformaciones que esa materia ha sufrido”.<sup>9</sup>

A estas disciplinas contraponen Somló la que sin tomar en cuenta lo que cada precepto dispone, indaga su estructura y pregunta qué hay que entender por norma jurídica, qué elementos constantes tienen las del derecho, y de qué modo es posible distinguirlas de otras especies normativas de regulación del obrar. Una investigación de tal jaez no se refiere ya a factores *materiales*, sino a *formas jurídicas*, si bien conviene no olvidar que “las categorías de forma y contenido figuran entre las más relativas y subjetivas en todo el ámbito del pensamiento, y que lo que en cierto respecto es forma, puede no serlo en otro”.<sup>10</sup>

En tanto que las ciencias del primer grupo se hallan coordinadas entre sí, o, en otras palabras, cada una explora de manera más o menos autónoma su propio campo y sólo ocasionalmente se refiere a las demás, la doctrina de las formas jurídicas está supraordinada a ellas. En realidad, constituye su supuesto, y su trabajo ha de hallarse concluido “antes de que las de la otra clase inicien su tarea o pretendan —dentro de ciertos límites— proseguirla”.<sup>11</sup> Para que puedan existir la Historia del Derecho, la Política Jurídica y la Jurisprudencia Técnica, el concepto del derecho debe estar ya formulado. Si así no fuese: “¿cómo podría saberse, en el caso de una investigación histórico-jurídica, qué pertenece a su propio terreno y qué debe abandonarse a otras ramas de la investigación histórica?”<sup>12</sup> Esto vale, sobre todo, para la Jurisprudencia, ya que a las otras disciplinas puede bastarles, al acotar su propio sector, un concepto provisional y más o menos impreciso del derecho. A la primera le resulta indispensable, en cambio, una noción clara del mismo, y un conocimiento profundo de las verdades que tienen validez para el objeto a que se halla consagrada.

La disciplina cuyo asunto consiste en el análisis de las formas jurídicas constituye en realidad la parte primera de la Filosofía del Derecho, y en la obra de Somló recibe el nombre de Teoría Jurídica Fundamental (*Juristische Grundlehre*). Sus temas centrales son el de la definición del derecho y el de los conceptos jurídicos fundamentales, o nociones implícitas en la primera-mente definida (que, por ello mismo, podría recibir la denominación de concepto básico o supremo).

El planteamiento que hace Somló revela dentro de qué límites el formalismo jurídico puede justificarse. La exposición —en actitud dogmática—

<sup>9</sup> Félix Somló, *opus cit.*, pág. 4.

<sup>10</sup> Somló, *opus cit.*, pág. 5.

<sup>11</sup> Somló, *opus cit.*, pág. 6.

<sup>12</sup> Somló, *opus cit.*, pág. 6.

de los contenidos históricos de cada sistema no corresponde a la Teoría Jurídica Fundamental —o *doctrina de las formas jurídicas*, como la llama el jurista húngaro— sino a las disciplinas especiales. La crítica de esos contenidos es asunto, según el mismo Somló, de la Política Legislativa —y, cosa en que ni él ni Kelsen insisten, del segundo de los grandes capítulos de la Filosofía del Derecho, la teoría de los valores jurídicos.

La Historia del Derecho también atiende al elemento material de las normas; pero, a diferencia de las disciplinas especiales, cuya tarea consiste en la exposición e interpretación sistemáticas de los contenidos de un orden determinado, o de alguna de sus ramas, aquella disciplina considera el elemento variable de uno o varios sistemas pretéritos desde el punto de vista y de acuerdo con los métodos de la investigación histórica, que, como lo destacaron con admirable rigor a principios de este siglo los paladines de la Escuela de Baden, Windelband y Rickert, no se interesa por lo que los objetos tienen en común con otros del mismo género, ni por el hecho de que sean casos o instancias de leyes o principios generales, sino por lo que en cada uno hay de individual, irrepetible y único.

El deslinde anterior, que con toda nitidez separa las distintas comarcas de la Teoría Jurídica Fundamental, la Axiología Jurídica, la Política Legislativa y la Historia del Derecho, puede servirnos para formular la conclusión de que cualquier crítica basada en el olvido de esta diversidad de materias y sectores de estudio es injusta, si hace del formalismo el blanco de sus flechas.

En reciente y sugestivo artículo,<sup>13</sup> Norberto Bobbio ha subrayado con singular agudeza la importancia que el elemento formal juega en la órbita de lo jurídico. “Frente a lo mudable histórico —escribe— el derecho es lo que frena el movimiento, lo canaliza y solidifica; en el variar de las acciones humanas representa la determinación de un orden. La tendencia de los juristas al formalismo emerge, pues, de la naturaleza misma y de la función del derecho en la sociedad”.<sup>14</sup> “En cuanto a la concepción de la ciencia jurídica como disciplina formal —añade— la tendencia a la formalización es propia de cualquiera investigación que se presente como ciencia rigurosa, independientemente de la naturaleza de su objeto. Al lado de los valores sustanciales hay otros formales, como el orden, la constancia, la coherencia. Estos últimos presiden la experiencia jurídica y la caracterizan, pues prescindir de ellos es privarse de los principales puntos de apoyo para la comprensión del fenómeno jurídico. El formalismo sigue al derecho como la sombra al cuerpo: quien pretendiese eliminarlo tendría que proceder como el que se siente

<sup>13</sup> Bobbio, “Sul formalismo giuridico”, en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno I, N. 4, Ottobre-Dicembre 1958.

<sup>14</sup> Bobbio, artículo citado, pág. 997.

constreñido a destruir su propio cuerpo por el terror que le inspira su propia sombra.”<sup>15</sup>

Si no rebasa las fronteras que le impone su índole peculiar, el formalismo justificase, pues, plenamente. En sí no es nunca censurable; censurable es sólo la pretensión de erigirlo en el único método idóneo para el conocimiento del derecho. Más tarde discutiremos hasta qué punto esta última consideración puede fundar algunas de las críticas dirigidas contra la Teoría Jurídica Pura.

Permítaseme, por último, una segunda conclusión, que igualmente dimana de los precedentes desarrollos. Hablando en forma rigurosa, la de Kelsen no es *teoría general del derecho positivo*, si la expresión *teoría general* se entiende como la definieron Bergbohm, Merkel y Bierling, es decir, como conjunto de generalizaciones inductivamente obtenidas del examen de instituciones afines de órdenes jurídicos diversos. Para convencerse de ello basta reflexionar en que el método kelseniano no es empírico-inductivo, sino *analítico* y, sobre todo, en que —como el propio Kelsen tan decididamente lo declara— su construcción nada tiene que ver con el factor material y variable de los sistemas jurídicos, sino, de modo exclusivo, con el invariable y formal de tales ordenamientos.

En este sentido, la de nuestro reciente huésped es *teoría fundamental del derecho* y, *eo ipso*, más que doctrina del positivo y vigente, *filosofía jurídica*, aun cuando se trate —por la orientación positivista, antimetafísica y escéptica de su creador— de una filosofía que conscientemente se abstiene de abordar cuestiones axiológicas.

## II

En su brillante ensayo *Sul formalismo giuridico*, publicado en 1958, Norberto Bobbio sostiene con justicia que “formalismo y antiformalismo son las posiciones extremas, y siempre recurrentes, entre las que oscila el péndulo de la ciencia jurídica, del mismo modo que en estética esos extremos son el clasicismo y el romanticismo, y en política la actitud conservadora y la radical”.<sup>16</sup> Esta reflexión explica el apasionamiento que frente a la obra de Kelsen han mostrado, en igual medida, sus apologistas y sus críticos. Para enjuiciar tan básico aspecto de la teoría jurídica pura, meditemos sobre el sentido y alcance de su *formalismo*.

El problema ofrece tanto más interés, cuanto que la expresión que acabamos de repetir dista mucho de ser unívoca. Por lo que concretamente se refiere al término ‘formalismo jurídico’, Bobbio registra, en el citado opúsculo, cuatro distintas acepciones.

<sup>15</sup> Bobbio, artículo citado, pág. 998.

<sup>16</sup> Bobbio, artículo citado, pág. 977.

En la primera de ellas designa “cierta teoría de la justicia, en particular la que dice que es justo lo que está de acuerdo con la ley, e injusto lo que la contraría”.<sup>17</sup> A esta postura suele dársele el calificativo de “legalismo”, ya que sostiene que es bueno el acto conforme a la ley y malo el que la infringe.

El término se aplica, en segundo lugar, a “una particular teoría acerca del derecho: ya no a una teoría de la justicia, esto es, del criterio según el cual las acciones o las leyes repútanse justas o injustas, sino a una doctrina de lo ‘jurídico’, o sea, de una esfera de actividad práctica del hombre que suele ser distinguida de la moral, la costumbre, la economía, etc.”. En este uso reciben el nombre de “formalistas” las doctrinas que presentan al derecho como *forma* (generalmente constante) de un *contenido* (generalmente variable).<sup>18</sup>

Un tercer significado o, mejor, grupo de significados conexos con la expresión “formalismo jurídico” es, para Norberto Bobbio, el que no se refiere sólo a cierto modo de concebir la experiencia jurídica, como experiencia *sub specie legis*, sino, también, a cierta manera de hacer ciencia del derecho. En este caso, cuando aquella expresión se emplea, no se piensa únicamente en una concepción formal de la justicia, o en la del derecho como ‘forma’, sino en la de la teoría jurídica como ‘ciencia formal’. Al lado del *legalismo* y del *formalismo jurídico (sensu stricto)*, hace así su aparición un *formalismo científico*.<sup>19</sup>

El cuarto significado relacionase, según el jurista italiano, con el problema de la interpretación. Desde este ángulo considérase formalista “toda doctrina que atribuya al juez un poder meramente declarativo de la ley vigente y no creador de nuevo derecho: los ejemplos más característicos son la disputa entre los secuaces del método exegético y la Escuela del Derecho Libre a principios de este siglo, y la análoga contienda entre los defensores del método tradicional y la jurisprudencia realista en América durante la época rooseveltiana”.<sup>20</sup>

Preguntémosnos ahora: ¿en cuál, o cuáles, de estos sentidos, merece la doctrina de Kelsen el calificativo de “formalista”?

Desde luego —y principalmente— en el segundo, pero también, a no dudarlo, en el primero y el tercero.

Principalmente en el segundo, porque, según vimos en la conferencia anterior, su tesis básica es que el elemento esencial del derecho —único invariable— es su *forma*.

En la primera de las cuatro acepciones de que Bobbio habla, la Teoría Jurídica Pura es también “formalista”, como lo demuestra la famosa distinción entre *juicios de legalidad* y *de justicia*. Séame permitido recordar esta faceta del pensamiento kelseniano.

<sup>17</sup> Bobbio, artículo citado, pág. 981.

<sup>18</sup> Bobbio, artículo citado, pág. 985.

<sup>19</sup> Bobbio, artículo citado, pág. 988.

<sup>20</sup> Bobbio, artículo citado, pág. 992.

“Por indispensable que la justicia parezca frente a las voliciones y los actos del hombre —escribe Kelsen— no es en realidad accesible al conocimiento. En rigor —añade— sólo existen intereses y conflictos de intereses. La solución de tales conflictos sólo puede lograrse por un orden que, o bien satisface uno de los intereses en perjuicio del otro, o bien trata de establecer un compromiso entre ambos. Que sólo uno de esos órdenes sea ‘justo’ es algo que no puede establecerse por un conocimiento racional. El conocimiento sólo puede revelarnos la existencia de un orden positivo, evidenciada por una serie de hechos objetivamente determinables. Tal orden es el derecho positivo. Sólo éste puede ser objeto de la ciencia; y sólo él constituye el tema de una teoría pura que no sea metafísica, sino ciencia jurídica”.<sup>21</sup>

En el siglo v antes de Cristo, Trasímaco prohibió una doctrina semejante, al definir la justicia como “lo que conviene al más fuerte”.<sup>22</sup> Jactábase el sofista de Calcedonia de que su definición era aplicable a todas las formas de gobierno. Los detentadores del poder legislan siempre en su provecho. El gobernante busca en todo caso su propia conveniencia, pero tiene buen cuidado de presentar sus personales intereses como exigencias justas. Dentro de un régimen monárquico la ley exigirá lo que favorezca al monarca; en una aristocracia se buscará la utilidad de la minoría que manda y, en el gobierno democrático, la actividad del legislador tendrá como mira proteger los intereses del mayor número. Lo estatuido en la ley se presenta en todo caso como objetivamente válido, aun cuando en realidad no sea sino el disfraz de los intereses de un individuo o una clase. La justicia resulta así una bella máscara, tras de la cual se oculta el gesto de avidez, la codiciosa mirada del fuerte.

Kelsen coincide con el sofista griego cuando asevera que la doctrina del *jus naturale* y, más concretamente, la idea de la justicia, no son sino *ideologías*, cuyo verdadero fin consiste en justificar una determinada forma política.<sup>23</sup> Aun cuando los asertos sobre la justicia o la injusticia son siempre “subjetivos”, el jefe de la escuela austriaca opina que hay otro linaje de juicios acerca de lo justo a los que sí puede atribuirse significación “objetiva”. Justicia, en este sentido, significa “legalidad”; “justo” es que una regla sea efectivamente aplicada en todos aquellos casos en que, de acuerdo con su contenido, debe aplicarse; “injusto”, que sea aplicada en un caso y deje de aplicarse en otro semejante. Y esto parece “injusto” independientemente del valor intrínseco de la disposición genérica cuya eficacia se examina. “Justicia, en el sentido de legalidad, es una cualidad que no se refiere al contenido de un orden positivo, sino a su aplicación”.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, pág. 13.

<sup>22</sup> Platón, *República*, I, 338.

<sup>23</sup> Kelsen, *La teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica*, traducción de Eduardo A. Coghlan, en el volumen titulado *La Idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1946, pág. 212.

<sup>24</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, 1945, pág. 14.

La justicia legal consiste en la concordancia de un acto con la norma que lo rige. El acto es injusto si contradice el contenido del precepto. Expresado en otros términos: "una persona actúa jurídicamente si se comporta como debe comportarse según el ordenamiento jurídico; y se comporta anti-jurídicamente si no actúa como debe hacerlo. El juicio jurídico de valor de que una conducta es jurídica o antijurídica, es la aseveración de una relación positiva o negativa entre una conducta y una norma, cuya existencia presupone la persona que hace el juicio. Semejante juicio implica, pues, la existencia de una norma, de un deber ser. Su significado como juicio de valor reposa, en consecuencia, sobre el significado de la aseveración de que la norma existe".<sup>25</sup>

Si inquirimos por qué se atribuye validez a la utilizada como criterio para decidir acerca de la legalidad de una conducta, encontraremos la respuesta en la posibilidad de referir dicha norma a otra de grado más alto, en la que el primer precepto tiene su fundamento. "Si continuamos investigando las razones por las cuales las normas jurídicas son válidas, llegamos al fin a una última norma, cuya creación no ha sido determinada por ninguna otra superior. La serie de razones que fundamentan la validez de los preceptos del derecho no es infinita, como las series de causas y efectos. Debe existir una razón última, una norma básica que es fuente de validez de todos los que pertenecen a un orden jurídico determinado."<sup>26</sup>

En el tercero de los usos de la expresión "formalismo jurídico", señalados por Bobbio, la doctrina de Kelsen merece también el calificativo, ya que el jefe de la Escuela Vienesa repetidamente insiste en que la ciencia jurídica es y sólo puede ser de orden "formal". De aquí su énfasis en el *principio de la pureza metódica* que, según sabemos, implica la exigencia de que —en el tratamiento científico del derecho— prescinda el jurista de cualquier examen relativo al *contenido* de las normas, a sus factores determinantes o a las finalidades que a través de ellas se pretende conseguir.

*El formalismo kelseniano manifiéstase, pues, en tres direcciones: como "legalismo", como "teoría de las formas jurídicas" y como "formalismo científico", cuya expresión más drástica es el principio de la pureza del método.*

En lo que atañe, en cambio, al cuarto de los sentidos mencionados por Bobbio, no encaja dentro del correspondiente concepto. No sólo, sino que en este punto adopta una postura por completo distinta, como que se trata de la diametralmente opuesta. Pocos autores han defendido con mayor vehemencia la tesis de que el juez, al cumplir su función, realiza siempre una actividad creadora, incluso cuando aparentemente se limita a aplicar los

<sup>25</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, pág. 14.

<sup>26</sup> Kelsen, *Los juicios de valor en la ciencia del derecho*, traducción de Guillermo García Máñez, en el volumen *La Idea del Derecho Natural y otros ensayos*, Losada, Buenos Aires, 1960, pág. 252.

textos legales. Esta vertiente del pensamiento kelseniano ha llevado a muchos detractores —como observa Bobbio en el artículo *La teoria pura del diritto ed i suoi critici*,<sup>27</sup> a esta afirmación: la tesis de que los órganos jurisdiccionales son siempre creadores de derecho, contradice en realidad las premisas de la teoría jurídica pura. Es cierto —añade el jurista italiano— que quienes atribuyen a la actividad del magistrado una función meramente interpretativa de los textos legales, son, por regla general, formalistas y normativistas, mientras que los partidarios del derecho libre suelen ser sociólogos realistas. Pero las posiciones no coinciden necesariamente, porque sus divergencias se desenvuelven en planos diversos. La controversia entre los fautores de la jurisprudencia interpretativa y la jurisprudencia creadora implica una discrepancia de naturaleza política e ideológica, sobre la preferencia que deba darse a dos valores fundamentales de la experiencia jurídica, la certeza o la equidad, puesto que la interpretación dentro del marco de la ley asegura mejor el de certeza, en tanto que la de tipo creador garantiza en primer término el otro. Pero cuando Kelsen enseña que en el orden jurídico no se compone sólo de preceptos genéricos, sino de normas individuales que son tan creadoras de derecho como las demás, “no toma posición frente a la disputa ideológica que consiste en saber si es mejor reducir o ensanchar los poderes discrecionales del juez, sino que describe y teoriza uno de los caracteres típicos de todo ordenamiento”.<sup>28</sup>

Al concluir la conferencia pasada adelantamos ya un juicio sobre uno de los aspectos en que la teoría jurídica pura es decididamente formalista. Empleo ahora el calificativo en el segundo de los sentidos que Bobbio enumera, esto es, en el que llama *estricto*, según el cual esa designación conviene a las doctrinas que ven en el derecho la invariable *forma* de un *contenido* siempre variable.

Como *teoría de las formas*, o sea, de la estructura de los objetos del conocimiento jurídico, el formalismo —si permanece dentro de los límites que le impone el planteamiento de la cuestión que pretende resolver— no es de ningún modo criticable. ¿Cómo, en efecto, podrá merecer censura el hecho de que los elementos *formales* de esos objetos sean estudiados de modo *formal*, es decir, sin tomar en cuenta la naturaleza de los *contenidos* a que dan forma?

Obsérvese que el problema de la estructura de los preceptos del derecho es, aunque a veces ostente otra etiqueta, un problema *lógico*, análogo al de la estructura de los juicios enunciativos. El método para la solución de ambos es idéntico, y la de tales problemas nada tiene que ver ni con el *contenido* de las enunciaciones ni con el de las normas, puesto que el análisis de

<sup>27</sup> Bobbio, *La teoria pura del diritto ed i suoi critici*, Estratto della *Rivista trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1954, N. 2.

<sup>28</sup> Bobbio, *La teoria pura del diritto ed i suoi critici*, pág. 375.

ese contenido, en lo que de mudable tiene, está fuera del ámbito de la lógica, y asunto es de otras disciplinas. Lo que acabamos de decir de los juicios (enunciativos o normativos), vale también para los *conceptos* y las *formas de la inferencia*, así en la jurisdicción de la lógica apofántica como en la de la normativa. Todas estas cuestiones son de idéntica naturaleza, y su tratamiento ha de ser siempre de carácter *formal*, aun cuando en un caso se trate de objetos que pertenecen al dominio de la lógica pura y, en el otro, de los insertos en el de la jurídica.<sup>29</sup>

Es verdad que la teoría de las formas, tanto en la doctrina de Kelsen como en la de Félix Somló, refiérese no sólo a objetos *lógicos* (conceptos juicios y racionios), sino al aspecto formal de otros como el deber jurídico, el sujeto de derecho, el derecho subjetivo, etc. Pero esto sólo demuestra que aquellos autores no distinguen dos planos diferentes, aunque conexos, ni, por tanto, dos diferentes clases de cuestiones. Hablo de los planos *lógico-jurídico* (o de los conceptos, normas y racionios en la órbita del derecho) y *ontológico-jurídico* (o de los correlatos objetivos de esos conceptos, juicios y racionios). La ausencia de tal distinción —que con tanta nitidez han formulado Husserl y Pfänder— explica, en la obra de Kelsen, asertos como el de que el derecho subjetivo es *la misma norma de derecho* en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad se hace depender la aplicación del acto sancionador. Que aquí hay confusión de niveles es evidente, pues la norma, en cuanto juicio, es un objeto *lógico*, en tanto que el *derecho subjetivo* constituye el correlato *ontológico* de uno de los elementos conceptuales de aquélla, a saber, la cópula atributiva.<sup>30</sup>

No deseo insistir ahora en un asunto que con tanta prolijidad he examinado en varios de mis libros.<sup>31</sup> Lo que por el momento me interesa —para no perderme en digresiones— es volver al tema del formalismo y preguntar si en los otros sentidos de esa expresión, señalados por Bobbio y válidamente aplicables al caso, la teoría jurídica pura es igualmente correcta.

Creo que lo que el jurista italiano denomina *formalismo científico* también se justifica —en Kelsen o en cualquier autor— si el tratamiento *formal* se contrae al análisis de las *formas* de los objetos y, por ende, permanece fiel al principio de la pureza metódica. No se justifica, en cambio, si viola este canon y pretende invadir el campo de las disciplinas que estudian *contenidos* jurídicos.

Discutamos ahora el aspecto que parece más interesante, esto es, el “legalismo” de Kelsen (primera de las cuatro acepciones que Bobbio menciona).

<sup>29</sup> Cfr. E. García Máynez, *Lógica del Concepto Jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1959, capítulo III, Sección 3.

<sup>30</sup> E. García Máynez, *Lógica del Concepto Jurídico*, capítulo III, Sección 16.

<sup>31</sup> E. García Máynez, *Lógica del Juicio Jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, cap. I, y *Lógica del Concepto Jurídico*, Fondo de Cultura Económica, 1959, cap. III.

Esta faceta del pensamiento kelseniano está representada por la teoría sobre los juicios de legalidad y de justicia. Sostener que la *legalidad* de un comportamiento depende de su concordancia con la norma que lo rige —lo que en modo alguno prejuzga sobre el valor intrínseco de lo prescrito— es tan claro como inobjetable. En tal sentido, la noción no sólo vale para el terreno jurídico, sino que puede extenderse a otros. Kant, por ejemplo, habla —con exclusiva referencia al ético— de *legalidad* y *moralidad* de los actos humanos, y por legalidad entiende la concordancia exterior del proceder con la norma, sean cuales fueren los móviles del actuante.<sup>32</sup>

Así como la legalidad de una conducta está condicionada por su coincidencia con el precepto, la *validez formal* de éste obedece a una serie de requisitos extrínsecos sobre su proceso de creación, establecidos por otras normas del mismo orden y, en último término, por la llamada *suprema*. Esto equivale a declarar —como Kelsen lo hace en todas sus obras— “que hay una razón última, una norma básica que es fuente de validez de todos los preceptos que pertenecen a un orden jurídico determinado”,<sup>33</sup> lo mismo que de todos los juicios de legalidad sobre los actos que están de acuerdo con esos preceptos.

A ello nada hay que oponer. Tampoco parece discutible la tesis de que el fundamento de validez de un orden jurídico ha de ser *único*, ya que una pluralidad de razones de validez abriría la puerta a conflictos insolubles entre los preceptos en ellas fundados, a la vez que haría imposible, en relación con tales razones, el correcto empleo del término “ley fundamental”. La consecuencia práctica más importante de esta exigencia lógica —desde el punto de vista del poder público— es que no hay ni puede haber más derecho que el creado o reconocido por los órganos del Estado, de acuerdo con la suprema norma de éste. Pero el principio de la *estatalidad* —que para aquellos órganos posee el valor de un dogma o un axioma— no impide, ni puede impedir que, desde el punto de vista de los súbditos, lo mismo que desde el en que por la índole de su especial tarea ha de colocarse el filósofo jurista, surja el problema de la justicia o injusticia *intrínsecas* de lo que las normas vigentes determinan o, en otras palabras, de la justificación, en sentido axiológico, de su *contenido*.

Así como es un *hecho* que la *validez formal* de los preceptos de cada ordenamiento se hace depender de una serie de requisitos extrínsecos establecidos por otras normas y, en última instancia, por la básica o fundamental, también es un *hecho* que los destinatarios suelen plantearse el problema de si lo que esos preceptos estatuyen puede o no *justificarse*.

Esto no implica la negación de la *validez formal* (o *vigencia*) de aquellas prescripciones; se refiere sólo a su *validez objetiva*, que no deriva ya de

<sup>32</sup> Kant, *Elementos Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, Introducción, III.

<sup>33</sup> Kelsen, *Los juicios de valor en la ciencia del derecho*, pág. 252.

condiciones de forma, sino de la concordancia de su *contenido* con determinados valores, a cuya luz tal contenido se juzga.

Los de legalidad, en la acepción kelseniana del término, más que juicios de valor o, para expresarlo de modo más claro, más que *valoraciones* en sentido axiológico, son enunciados que comprueban ciertos requisitos extrínsecos y hacen depender de tal comprobación la existencia de los distintos preceptos. Los que Kelsen llama *de justicia*, en cambio, si son valoraciones auténticas, en el sentido de la moderna axiología, porque no se refieren al hecho de que esos preceptos existan como parte integrante de un sistema, sino a su *validez intrínseca* y, por tanto, a la justificación o injustificación de lo que mandan.

Es verdad que Kelsen no desconoce esos juicios, puesto que los contrapone a los de legalidad; pero categóricamente sostiene que no pueden ser *objetivos*. Al hacer tal afirmación —que implica la de que están condicionados por ideologías— aventura una tesis que no se ajusta al principio de la pureza del método y que, a fin de cuentas, niega la objetividad de los valores y, *eo ipso*, la justificación teórica del segundo de los grandes problemas filosófico-jurídicos, 'el de índole estimativa.

Por razones análogas es criticable la tesis de que el deber ser, en la órbita del derecho, es sólo "la forma de enlace" de una consecuencia con el hecho que la condiciona o, en otros términos, simple *relación imputativa* en que la referencia al antecedente no significa que la conducta ordenada constituya la *justa* solución del caso, empleado *justa* en sentido axiológico.

Al elaborar esta doctrina abandona Kelsen la consideración de tipo formal y hace un juicio —en mi sentir infundado— sobre el *contenido* de la norma que impone el deber. Decir que éste tiene sólo *sentido lógico*, como forma imputativa, y no axiológico, es algo que no se refiere ya al enlace de la consecuencia con el hecho jurídico, sino al ingrediente *material* de la regulación.

Por ello sostuvimos alguna vez que la única actitud congruente con las premisas de que Kelsen parte, consistiría en sostener que —dentro de una organización eficaz de la conducta humana— "las reglas que integran tal ordenación son consideradas (por el poder que garantiza la eficacia del sistema) como *expresión de deberes*, y ello no porque sean siempre normas (en el sentido filosófico del término), sino porque *hay que sostener que lo son*, incluso cuando, lejos de ordenar lo que objetivamente debe ser, consagran una iniquidad o un desatino. De lo contrario, el orden positivo no podría considerarse como conjunto de normas y, por tanto, resultaría imposible justificar su pretensión de validez. Para justificarla, o dar la impresión de que así se hace, es necesario substituir el criterio *material* por otro puramente *formal*, y referir la existencia de cada uno de los preceptos del sistema a la norma en que encuentran su razón de validez. Pero como, relativamen-

te a la primera constitución histórica, el problema vuelve a presentarse, es indispensable —si no se acepta la objetividad de los valores— *suponer* simplemente que esa primera constitución es válida, con lo que tácitamente se admite que la construcción anterior carece de apoyo. Claro que se podría prescindir de la teoría de la norma hipotética, y sostener sin ambages que el *principio de efectividad* es el fundamento del derecho. Pero esto tampoco puede hacerse, cuando se parte del dualismo del ser y el deber. La afirmación de que el derecho es un conjunto de normas acaba por conducir, a quien sostiene tal cosa, a la paralela afirmación de un principio superior, de un fundamento último a los que ya no puede atribuirse carácter positivo. Esto es lo que le ha ocurrido a Kelsen, y lo que necesariamente tenía que sucederle, dado el punto de partida de sus investigaciones. Defender de manera congruente el monismo jurídico positivista, cuando se empieza por afirmar la rigurosa separación del orden del ser y el reino del deber, es tan imposible como conseguir que las paralelas se toquen en un punto o acaben por fundirse en una sola línea”.<sup>34</sup>

El creador de la Teoría Jurídica Pura proclama una y otra vez que el elemento *material* de las normas es esencialmente *mudable*, a diferencia del *formal*, que nunca varía. Pero el sentido axiológico de aquel elemento *es siempre el mismo*, puesto que implica la pretensión de que lo que la norma dispone representa la *justa* solución del caso —lo que jurídicamente *debe ser*— y no lo que favorece los intereses del que manda. En el sentido *esencialmente axiológico* del término *deber*, que de modo tan preciso han esclarecido Scheler y Hartmann, está siempre implícita una *pretensión de justicia* o, para expresarlo de manera más amplia, la de que lo exigido por la norma *debe ser* en cuanto *vale*.<sup>35</sup> Negar que en el *contenido* de los deberes impuestos por las normas del derecho exista esa referencia a los valores que lo fundamentan, es traspasar la linde de la consideración *formal* de tales preceptos, y desconocer un dato inequívoco de la experiencia jurídica.

Adviértase que estas objeciones no tienen como blanco el principio de la pureza metódica, sino las infidelidades al mismo, y que, en tal sentido, tienen a corroborar su importancia.

El más grande mérito de Kelsen es haberse planteado, con energía y agudeza por nadie igualadas, la cuestión metodológica. Ningún jurista ha sostenido con mayor rigor la necesidad de deslindar, dentro de la órbita del conocimiento jurídico, los campos y sectores de estudio de cada disciplina. La doctrina kelseniana podrá en muchos aspectos ser superada; mas no hay duda de que es la más imponente arquitectura doctrinal que en el ámbito del saber de los juristas se ha erigido en nuestra época.

<sup>34</sup> E. García Máynez, *La definición del derecho*, 2ª ed., Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Xalapa, 1960, pág. 233.

<sup>35</sup> Nicolai Hartmann, *Ethik*, Walter de Gruyter, Berlin, Erster Teil, VI Abschnitt.

El énfasis con que el jefe de la Escuela Vienesa habla del análisis de la regulación jurídica y de los objetos de la misma, ha abierto la ruta, por otra parte, a los cultivadores de la moderna lógica jurídica, por lo que es de justicia considerarlo como el más ilustre precursor en esta clase de estudios.

Aun cuando el extraordinario aporte de la Teoría Jurídica Pura a la ciencia del derecho resulte unilateral, por la actitud de muchos de sus partidarios ante los problemas estimativos, algunas de las tesis por ellos formuladas tienen el rango de verdaderas conquistas, y con ese carácter seguirán siendo admitidas cuando otros aspectos de la misma construcción no despierten ya ningún interés. Las más notables son, en mi concepto, la de la pirámide jurídica, que Kelsen tomó de su discípulo Merkl, y la doctrina sobre las normas jurídicas individualizadas.

EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ